

## Straf- und Strafprozessrecht

### StPO § 136 Abs. 1 Satz 2

1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen (»qualifizierte« Belehrung).

2. Unterbleibt die »qualifizierte« Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.

**3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können [im Anschluss an BGH, Urt. v. 3. 7. 2007 – 1 StR 3/07 = StV 2007, 450, 452].**

BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – 4 StR 455/08\*.

*Aus den Gründen:*

1 Das Landgericht hat die Angeklagten Sch., T. und C. jeweils des (gemeinschaftlich begangenen) versuchten schweren Raubes, den Angeklagten Sch. darüber hinaus der Tateinheitlich begangenen gefährlichen Körperverletzung, für schuldig befunden. Den Angeklagten Sch. hat es zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten T. zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und den Angeklagten C. zu einer Jugendstrafe von drei Jahren verurteilt. Gegen den Angeklagten A. hat das Landgericht wegen Beihilfe zum (gemeinschaftlich begangenen) versuchten schweren Raub eine Jugendstrafe von einem Jahr verhängt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Ferner hat das Landgericht ein Messer und einen Kabelschlagstock eingezogen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen, mit denen sie beanstandet, dass das Landgericht die Angeklagten nicht auch wegen eines versuchten Tötungsdelikts bzw. der Beteiligung daran für schuldig befunden hat. Die Angeklagten T. und C. rügen mit ihren Revisionen ebenfalls die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Der Angeklagte C. greift insoweit insbesondere die Beweiswürdigung und die Strafzumessung des angefochtenen Urteils an. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg. Dagegen erweisen sich die Revisionen der Angeklagten T. und C. als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

**I.**

2 Das Landgericht hat festgestellt:

3 Die Angeklagten Sch., T. und C. fassten im Verlauf des 30. 5. 2007 den Entschluss, durch einen Überfall auf den Kiosk der Eheleute S. zu Geld zu kommen, um sich anschließend Kokain zu besorgen. Sie vereinbarten, dass ein Messer eingesetzt werden sollte, um damit den Kioskinhaber S. bedrohen zu können. In diesem Zusammenhang forderte der Angeklagte T. den Angeklagten Sch. auf, aus seiner Wohnung ein Messer zu holen, das lang und spitz sein müsse, weil das stark übergewichtige Opfer so dick sei. Dementsprechend holte der Angeklagte Sch. aus seiner Wohnung ein Steakmesser mit 12,5 cm langer, spitz zulaufender und einseitig gezahnt geschliffener Klinge. Sodann rief absprachegemäß der Angeklagte C. den mit ihm befreundeten Angeklagten A. an und bat ihn, mit dem Pkw zu ihnen zu kommen, was A. auch tat. Gemeinsam fuhren sie dann am Kiosk der Eheleute S. vorbei, wobei A. erst zu diesem Zeitpunkt in den Tatplan eingeweiht wurde. Ob dabei auch über das Messer und dessen geplante Verwendung gesprochen wurde, vermochte das Landgericht nicht festzustellen. Der Angeklagte A. stellte den Pkw in der Nähe des vorgesehenen Tatortes ab und verblieb beim Fahrzeug, während die drei anderen Angeklagten auf dem Weg zum Kiosk die konkreten Einzelheiten der bis dahin nur grob geplanten Tat besprachen. Der Angeklagte T. überredete den Angeklagten Sch., den Kioskbetreiber S. mit dem Messer »in Schach zu halten« und ihm »auf die Ohren zu boxen«, falls dieser anfangen zu schreien. Der Angeklagte Sch. traf als erster auf den Kioskbetreiber S., als dieser sich gerade vor seinem Kiosk befand. Kurz bevor der Angeklagte Sch. ihn erreichte, richtete sich S. auf und drehte sich mit dem

Oberkörper in Richtung des Angeklagten. Dieser »stach – enthemmt von dem fortdauernden Verlangen nach weiteren Drogen und überrascht und überfordert davon, dass der Geschädigte sich plötzlich in seine Richtung drehte – ungezielt mit nicht erheblichem Kraftaufwand auf den Geschädigten ein. Er fühlte sich dabei »wie im Film«. Der Stich drang knapp oberhalb der rechten Gesäßhälfte maximal 3 cm in dessen Rücken ein. »Aus Panik und Überforderung mit der Situation« stach der Angeklagte Sch. mindestens drei weitere Male ungezielt auf sein Opfer ein, das blutüberströmt zu Boden sank. S. erlitt eine mindestens 15 cm tiefe Stichwunde im Epigastrium mit Penetration des Bauchfells sowie Eröffnung der Bauchhöhle mit linksseitiger Verletzung der Leber, ferner einen ca. 6 cm tiefen Stich in den rechten Brustkorb sowie einen ca. 3 cm tiefen Stich in den linken Unterbauch; er verlor noch am Tatort 1,5 bis 2 Liter Blut. »Bei sämtlichen Stichen hatte der Angeklagte Sch. nicht den Tod des Geschädigten gewollt und nicht billigend in Kauf genommen und auch diese Möglichkeiten nicht in sein Bewusstsein aufgenommen«. Während dessen begab sich der Angeklagte T. durch die seitliche Eingangstür den Kiosk, gefolgt von dem Angeklagten C. Dabei trafen die Angeklagten auf die Ehefrau des Geschädigten, die auf die Hilferufe ihres Mannes aus ihrem Wohnhaus in den angrenzenden Kiosk geeilt war. Auf ihren Zuruf: »Was wollt ihr hier? Macht, dass ihr rauskommt!« flüchteten beide Angeklagte aus dem Kiosk und rannten mit dem Angeklagten Sch. weg. Der Angeklagte A. hatte das Geschehen aus der Nähe beobachtet. Ihm war bewusst, dass die Ausführung des Raubes gescheitert war. Deshalb rannte er zu seinem Pkw und fuhr davon; er erhielt aber kurz darauf einen Anruf des Angeklagten C., holte ihn ab und fuhr ihn nach Hause. Der blutüberströmt vor dem Kiosk liegende Geschädigte wurde von der Fahrerin eines vorbeifahrenden Linienbusses bemerkt, die den Notarzt und die Polizei verständigte. Die Stichverletzungen waren nicht unmittelbar lebensbedrohlich.

**II.**

4 Revision der Staatsanwaltschaft

5 Die Beschwerdeführerin hat schon mit ihren Verfahrensbeschwerden Erfolg. Mit diesen beanstandet sie, dass das Landgericht entgegen den Anträgen der Staatsanwaltschaft die Kriminalbeamten Schu. und B. sowie den Richter am Amtsgericht J. nicht als Zeugen zu den Angaben der Angeklagten C. und A. bei ihren Vernehmungen am 21. 6. 2007 vernommen und diese Angaben auch nicht verwertet hat. Daraus hätte sich ergeben, dass unter den Angeklagten Sch., T. und C. von vornherein abgesprochen worden war, das mitgeführte Tatmesser gegen den Geschädigten S. einzusetzen, und der Angeklagte A. hiervon auch wusste.

6 Das Landgericht hat insoweit ein Beweiserhebungsverbot angenommen, weil die Polizeibeamten die Angeklagten C. und A. trotz gegen sie bereits bestehenden Tatverdachts als Zeugen vernommen und deshalb nicht ordnungsgemäß nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt hätten. Auch habe der Kriminalbeamte Schu. den Angeklagten C. im späteren Verlauf der Vernehmung ebenso wie der Ermittlungsrichter die beiden Angeklagten zwar als Beschuldigte belehrt; die Vernehmungspersonen hätten dabei aber den Hinweis auf die Unverwertbarkeit der bei den Vernehmungen als Zeugen gemachten Angaben unterlassen (»qualifizierte« Belehrung; vgl. Meyer-Göfner StPO 51. Aufl. § 136 Rdn. 9 m. N.).

7 Die deshalb unterbliebene Beweiserhebung zu den Angaben der Angeklagten C. und A. im Ermittlungsverfahren rügt die Beschwerdeführerin im Ergebnis zu Recht.

1. Allerdings ist die Strafkammer zutreffend davon ausgegangen, dass der Angeklagte C. bereits auf Grund der Auswertung des von ihm noch in der Tatnacht mit dem Mitangeklagten T. geführten

SMS-Verkehrs der Tatbeteiligung verdächtig war und er deshalb bereits zu Beginn seiner polizeilichen Vernehmung als Beschuldiger hätte belehrt werden müssen, auch wenn gegen ihn noch kein Ermittlungsverfahren eingeleitet war und er nicht die Stellung eines formell Beschuldigten hatte.

a) Zwar begründet nicht jeder Tatverdacht bereits die Beschuldigteneigenschaft mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht; vielmehr kommt es auf die Stärke des Tatverdachts an. Es obliegt der Strafverfolgungsbehörde, nach pflichtgemäßer Beurteilung darüber zu befinden, ob ein Tatverdacht sich bereits so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter oder Beteiligter der untersuchten Straftat in Betracht kommt (st. Rspr.; BGHSt 37, 48, 51 f.; 51, 367, 371; SenatsUrt. v. 25. 2. 2004 – 4 StR 475/03). Falls der Tatverdacht aber so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde anderenfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn der Betreffende dennoch als Zeuge und nicht als Beschuldiger vernommen wird (vgl. BGHSt a. a. O.).

So verhält es sich hier hinsichtlich des Angeklagten C. Denn aus der Auswertung der SMS-Nachrichten und der Erklärung des C. anlässlich der Durchsuchung am frühen Morgen noch vor Beginn seiner Zeugenvernehmung, er habe die fraglichen SMS-Nachrichten an den Mitangeklagten T. versandt, ergab sich bereits zweifelsfrei, dass außer T. auch der Angeklagte C. am Tatort gewesen war und sie dort gemeinsam hatten Beute machen wollen. Zu Recht hat deshalb das Landgericht – nach Widerspruch – ein Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot jedenfalls hinsichtlich der Angaben des Angeklagten C. angenommen, die dieser bei seiner Vernehmung durch den Kriminalbeamten Schu. vor der Beschuldigtenbelehrung als Zeuge gemacht hat (st. Rspr.; BGHSt 38, 214, 224 f.; 47, 172, 173 a. E.). Denn der Verstoß gegen die Belehrungspflicht wurde nicht dadurch geheilt, dass der Angeklagte C. anschließend nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt wurde und danach erneut aussagte (BGHSt 51, 367, 376 m. Anm. *Roxin* JR 2008, 16 ff.).

b) Daraus folgt jedoch noch nicht ohne Weiteres, dass auch die Angaben, die der Angeklagte C. im Ermittlungsverfahren nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterlagen. – 10 –

aa) Allerdings hätte der Angeklagte C. – was nicht erfolgt ist – bei Beginn der Beschuldigtenvernehmung zusammen mit der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO darauf hingewiesen werden müssen, dass wegen der bisher unterbliebenen Belehrung als Beschuldiger die vorangehende Zeugenaussage unverwertbar sei (vgl. BGH, Urt. v. 3. 7. 2007 – 1 StR 3/07, StV 2007, 450, 452, insoweit in BGHSt 51, 367 nicht abgedruckt; ferner BGH, Urt. v. 19. 9. 2000 – 1 StR 205/00 [der 1. Strafsenat ersichtlich unter Abweichung von seiner Entscheidung BGHSt 22, 129]; *Diemer* in KK-StPO 6. Aufl. § 136 Rdn. 27 m. w. N.; *Gleß* in Löwe-Rosenberg StPO 26. Aufl. § 136 Rdn. 106; *Lesch* in KMR StPO § 136, Rdn. 28; *Roxin* a. a. O. S. 17; wohl auch *Meyer-Göfner* a. a. O. § 136 Rdn. 9 m. w. N.).

Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen («*nemo tenetur*»-Grundsatz), gehören zum «Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens» (EGMR NJW 2002, 499, 501; JR 2005, 423 m. Anm. *Gaede*; dazu weiter BGHSt – GS – 42, 139, 151 ff.). Gerade deshalb muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer »qualifizierten« Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldiger auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustandegekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können (*Roxin* a. a. O.). Zwar ergibt sich ein gewisser Widerspruch insofern, als die Rechtsprechung bislang bei den – schwerer wiegenden – Verstößen nach § 136 a StPO eine solche »qualifizierte« Belehrung nicht verlangt (vgl. *Meyer-Göfner* a. a. O. § 136 a Rdn. 30 m. N.);

ob daran festzuhalten ist, hat der Senat hier jedoch nicht zu entscheiden. – 11 –

bb) Der Verstoß gegen die Pflicht zur »qualifizierten« Belehrung hat allerdings nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO. Deshalb ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln (BGH, Urt. v. 3. 7. 2007 – 1 StR 3/07, StV 2007, 450, 452; krit. dazu *Roxin* a. a. O. S. 17; *Meyer-Göfner* a. a. O. § 136 Rdn. 9 a. E.).

Bei einer solchen Abwägung ist zum einen auf das Gewicht des Verfahrensverstosses abzustellen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge – wofür hier nichts spricht – in bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt ist; weiter muss das Interesse an der Sachaufklärung Beachtung finden (vgl. BGH, Urt. v. 3. 7. 2007 a. a. O.; BGHSt 42, 139, 157 [Hörfälle]; 47, 172, 179 f.; BGH NJW 2007, 3138, 3142). Darüber hinaus ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldiger nicht mehr abrücken zu können. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der Zeugenvernehmung gemachten Angaben darstellt. So verhält es sich hier jedoch nicht. Denn der Angeklagte C. hat nach seiner Belehrung als Beschuldiger gerade nicht seine früheren Angaben lediglich im Wesentlichen wiederholt. Er hat auch nicht nur weiterhin – nunmehr allerdings detailliert – die Mitangeklagten Sch. und T. belastet. Vielmehr hat er erstmals auch sich selbst massiv belastende Angaben gemacht, denen zufolge Sch. das Opfer »auf jeden Fall abstechen« sollte und ihm, C., »absolut klar (war), dass der Mann dabei sterben kann«. Angesichts dessen liegt die Annahme eher fern, dass sich der Angeklagte C. seiner Entscheidungsfreiheit nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung nicht bewusst war und dass deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte. Jedenfalls spricht danach die – vom Landgericht unterlassene – Abwägung hier gegen das von der Jugendkammer angenommene Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot hinsichtlich der nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben des Angeklagten C.; das Gericht hätte deshalb den entsprechenden Anträgen der Staatsanwaltschaft auf Vernehmung des Kriminalbeamten Schu. und des Ermittlungsrichters stattgeben müssen.

2. Soweit die Beschwerdeführerin die unterbliebene Beweiserhebung und -verwertung hinsichtlich der Angaben des Angeklagten A. beanstandet, die dieser bei seinen Vernehmungen als Zeuge durch den Kriminalbeamten B. am 21. 6. 2006 und nachfolgend als Beschuldiger bei seiner richterlichen Vernehmung am selben Tage gemacht hat, dringt die Rüge schon deshalb durch, weil der vom Landgericht auch insoweit angenommene Belehrungsverstoß nicht vorliegt. Anders als bei dem Angeklagten C. bestand gegen ihn bei seiner zeugenschaftlichen Vernehmung noch kein solcher Verdacht der Beteiligung an dem Überfall auf den Kiosk, dass nach den aufgezeigten Maßstäben der vernehmende Beamte die Grenzen seines Beurteilungsspielraums willkürlich überschritt, indem er den Angeklagten A. nicht von vornherein als Beschuldigten vernahm (vgl. BGH NSTz 2008, 48). Denn bezüglich A. stand selbst nach Auswertung der zwischen den Angeklagten C. und T. ausgewerteten SMS-Nachrichten vom Tattag nur fest, dass er Anschlussinhaber des von dem Angeklagten C. benutzten Mobil-Telefons war. Das allein genügte jedoch nicht, um einen hinreichenden Tatverdacht der Beteiligung an dem Überfall gegen ihn zu begründen. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, musste der Vernehmungsbeamte auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit nach § 138 StGB zu einer Beschuldigtenvernehmung

übergehen, nachdem der Angeklagte seine Anwesenheit am Tatort eingeräumt hatte. Denn A. hatte weiter angegeben, er habe mit der Sache nichts zu tun haben wollen und habe noch versucht, den Anderen die Tat auszureden. Insoweit war die erfolgte Belehrung nach § 55 StPO durch den Vernehmungsbeamten ausreichend, um den Angeklagten vor einer übereilten, sich selbst belastenden Aussage zu schützen (vgl. BGH a. a. O.). Hinderungsgründe, die der Beweisaufnahme und der Verwertung seiner Angaben im Ermittlungsverfahren entgegengestanden hätten, lagen danach nicht vor.

3. Auf der unterbliebenen Beweiserhebung zu den Angaben des Angeklagten C. nach seiner Belehrung als Beschuldigter und denjenigen des Angeklagten A. im Ermittlungsverfahren beruht das angefochtene Urteil (§ 337 StPO). Denn es liegt nahe, dass der Tatrichter, hätte er die Vernehmungspersonen gehört und die betreffenden Angaben der Angeklagten verwertet, sich entgegen der Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil die Überzeugung verschafft hätte, dass es dem Plan der Angeklagten entsprach, dass der Angeklagte Sch. auf den Geschädigten S. auch um den Preis seines Todes einstecken sollte.

4. Dringen die Verfahrensbeschwerden der Staatsanwaltschaft somit schon deshalb durch, weil das Landgericht zu Unrecht Angaben der Angeklagten C. und A. im Ermittlungsverfahren für unverwertbar erachtet hat, braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der Auffassung zu folgen ist, dass ein Verwertungsverbot wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht jeweils nur zu Gunsten desjenigen Angeklagten wirkt, demgegenüber der Verstoß begangen wurde, nicht aber auch zu Gunsten von Mitbeschuldigten und Mitangeklagten (so aber BGH NSTz 1994, 595, 596; ebenso BGH wistra 2000, 311, 313; – 14 – NJW 2002, 1279; zustimmend *Diemer* a. a. O. § 136 Rdn. 26; *Meyer-Göfner* a. a. O. § 136 Rdn. 20; a. A. *Gleiß* in Löwe-Rosenberg a. a. O. Rdn. 90 m. w. N.).

#### Anmerkung

### I. Einleitung

Das Urteil des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofes (BGH) ändert die aktuelle Rechtsprechung zu den Beweisverboten zwar nur in Nuancen. Gleichwohl ist es eine wichtige Entscheidung für die Beweisverbotslehre. Denn es nimmt lose Enden der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Verwertungsverboten auf und mahnt zum Überdenken.

Das Urteil bestätigt zunächst – im Anschluss an den 1. Senat – die Verpflichtung zur sog. »qualifizierten Belehrung« oder »erweiterten Belehrung«<sup>1</sup>, wenn ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen wurde.<sup>2</sup> Damit bekennt sich der 4. Senat zum materiellen Beschuldigtenbegriff:<sup>3</sup> Sobald eine Person aufgrund konkreter Anhaltspunkte ernsthaft als Täter eines gravierenden Delikts in Betracht kommt, muss sie vor Beginn einer (neuen) Vernehmung über ihre Rechte als Beschuldigte und allenfalls auch über die Nichtverwertbarkeit früherer Angaben belehrt werden. Doch das Urteil hält auch direkt fest, dass ein Verstoß gegen diese Belehrungspflicht keine Sanktion nach sich ziehen *müsse*: »[U]nterbleibt die »qualifizierte Belehrung«, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.«<sup>4</sup> Bei der Abwägung sei insbesondere zu berücksichtigen: »ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können«. Damit bestätigt der 4. Senat nicht nur einmal mehr die »Abwägungslehre«, sondern fügt den bisher in die Waagschale geworfenen Kriterien ein neues hinzu.

Was bedeutet das Urteil langfristig für die Dogmatik der Belehrungspflichten und daraus allfällig folgender Verwertungsverbote?

### II. Allgemeines zu den Belehrungspflichten

Die Strafprozessordnung verpflichtet alle staatlichen Organe, den Beschuldigten vor seiner Vernehmung über die Position als beschuldigte Person und insbesondere über das Schweigerecht zu belehren. Diese Pflicht gründet bekanntlich auf dem Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung: Niemand muss durch aktives Tun an seiner eigenen Strafverfolgung mitwirken.<sup>5</sup>

In dieser Hinsicht hat die Belehrung unstreitig eine Informationsfunktion. Der Gesetzgeber setzt die Kenntnis von der Aussagefreiheit bei Beschuldigten nicht voraus. Das zeigen die Regelungen der Belehrungspflichten in § 136 Abs. 1 StPO und § 243 Abs. 4 StPO. Über die Informationsfunktion hinaus, kommt der Belehrung im deutschen Strafprozess aber auch eine Art Schwellenfunktion zu. Die Belehrung soll dem Beschuldigten klar vor Augen führen, dass ab diesem Zeitpunkt die Vernehmung seiner Strafverfolgung dient.<sup>6</sup> Die historische Entwicklung der Belehrungsformel illustriert dies: Nach der bis 1965 geltenden Fassung des § 136 StPO wurde der Beschuldigte lediglich befragt, »ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle«.<sup>7</sup> Die heute geltende Belehrungsformel hingegen führt dem Beschuldigten seine Lage und die Wahlfreiheit bezüglich seiner Verteidigung eindeutig und drastisch vor Augen.<sup>8</sup>

Aus der Maxime, dass der Beschuldigte über seine Situation effektiv zu informieren ist, leitet sich auch die Pflicht zur qualifizierten Belehrung ab: Die Freiheit zwischen Einlassung und Schweigen zu wählen, ist nur dann gesichert, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Beschuldigten nach einer unverwertbaren Aussage nicht nur über das Schweigerecht an sich, sondern auch über die Unverwertbarkeit der Aussage ohne Belehrung aufklären müssen, bevor sie ihn weiter – jetzt als Beschuldigten – vernehmen. Nur so wird verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht verzichtet, weil er glaubt, die frühere Selbstbelastung ohnehin nicht mehr aus der Welt schaffen zu können.<sup>9</sup> Es ist ein Verdienst des 4. Senats, dass er mit der vorliegend besprochenen Entscheidung die Pflicht zur qualifizierten Belehrung klar und deutlich bekräftigt.<sup>10</sup>

### III. Beweisverbot nach Verstoß gegen Belehrungspflicht?

Das Gericht zieht aber nicht die Konsequenz einer Absicherung der Pflicht zur qualifizierten Belehrung durch ein striktes Beweisverwertungsverbot. Das läge insofern nahe als die höchst-

1 So GERALD GRÜNWALD *Beweisrecht der Strafprozessordnung* (1993) S. 159, dem dieser Beitrag zu seinem 80. Geburtstag gewidmet ist.

2 Ausdrücklich »im Anschluss an BGH, Urt. v. 3. 7. 2007, 1 StR 3/07, StV 2007, 450, 452«.

3 Vgl. BGHSt 51, 367; Löwe-Rosenberg-GLESS § 136 Rdn. 5 f.; GRÜNWALD *Beweisrecht der StPO* (1993) S. 78.

4 Leitsatz 2, Rdn. 14.

5 BVerfGE 38 113; 56, 43 = NJW 1981 1431; BGHSt 34 45; 37 343; 38 220 und 305; SK-ROGALL Vor § 133, Rdn. 73, 130 ff.; L/R-GLESS § 136, Rdn. 27; BÖSE GA 2002 99 ff.; WESSLAU ZStW 110 (1998) 1 ff.

6 BGH NJW 2002, 975, 976; BOSCH *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht* (1998) 140 ff.; KÖLBEL *Selbstbelastungsfreiheiten: der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht* (2006) 42; ROXIN NSTz 1995 466; MÜSSIG GA 2004 98; PAWLIK GA 1998 379.

7 Zur Entstehungsgeschichte: BAUER *Die Aussage des über sein Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten* (1972) 77 ff.; BECKEMPER *Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten* (2002) 46 ff.; EB. SCHMIDT NJW 1968 1213 ff.

8 BGHSt 22 174; KK/BOUJONG 12; SK-ROGALL § 136, Rdn. 33; EB. SCHMIDT NJW 1968 1216; ESER ZStW 79 (1967) 575 und 86 (1974) Beih. 153.

9 GRÜNWALD a. a. O., S. 160; ROXIN JR 2008, 18.

10 Vgl. BGHSt 51 367 = JR 2008, 16 mit Anm. ROXIN.

terliche Rechtsprechung ein Verwertungsverbot nach fehlender Belehrung im Grundsatz bereits im Jahr 1992, in BGHSt 38, 214,<sup>11</sup> im Einklang mit der herrschenden Meinung im Schrifttum und in Abwendung von seiner früheren Rechtsprechung anerkannt hat.<sup>12</sup> Von Anfang an stand dieses Zugeständnis aber unter dem Vorbehalt einer Abwägung im Einzelfall über das tatsächliche Eingreifen eines Verwertungsverbots.<sup>13</sup>

Dieser Abwägungsansatz ist umstritten und überzeugt letztlich weder in der Begründung noch in der Wirkungsweise. Vielmehr führt die »Abwägungslehre« dazu, dass Geltung und Reichweite von Beweisverboten nach Verletzung der Belehrungspflicht in der Praxis diffus bleiben.<sup>14</sup> Die Schwächen treten im Falle der Verletzung einer qualifizierten Belehrungspflicht in besonderer Weise hervor. Das zeigt das Urteil in dreierlei Hinsicht: Zum ersten erscheint schon die im vorliegend besprochenen Entscheid wiederholte These zweifelhaft, dass eine Verletzung der Pflicht zur »qualifizierten« Belehrung nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO habe.<sup>15</sup> Denn wie im Falle einer Belehrung über die Aussagefreiheit an sich, ist auch beim Fehlen einer Belehrung über die weiter bestehende Aussagefreiheit, die Autonomie des Beschuldigten in Bezug auf die Wahlfreiheit auszusagen oder zu schweigen gefährdet. Wird er nicht qualifiziert belehrt, könnte er sich zur Aussage verpflichtet fühlen, weil er glaubt, eine vorangegangene Selbstbelastung sei ohnehin gegen ihn verwendbar, eine Aussageverweigerung in der folgenden Vernehmung deshalb sinnlos. Dies führt für den Beschuldigten unter Umständen sogar zu einem faktischen Selbstbelastungszwang, da ihm – anders als dem bei einer ersten Vernehmung Unbelehrten – aus der eigenen, subjektiven Sicht nicht einmal der Ausweg der Lüge bleibt,<sup>16</sup> er vielmehr vermeintlich unter Aussagezwang steht.

Zum zweiten hat der BGH selbst die Anwendung der Abwägungslehre für die Fälle ausgeschlossen, in denen »Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten« betroffen sind und dabei namentlich die Pflicht zur Belehrung über die Aussagefreiheit gemeint.<sup>17</sup> Die Pflicht zur qualifizierten Belehrung betrifft die »Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten« im selben Masse wie die ursprüngliche Belehrungspflicht. Nur wenn sie mit derselben Entschlossenheit gesichert wird, ist der nemo-tenetur-Grundsatz wirkungsvoll umgesetzt.

Zum dritten überzeugt auch die – auf den ersten Blick begrüßenswerte – Weiterentwicklung der Abwägungskriterien in dem vorliegend besprochenen Urteil im Ergebnis nicht: Bisher hat die Rechtsprechung vor allem das Gewicht des Verfahrensverstosses einerseits dem Sachaufklärungsinteresse andererseits gegenüber gestellt.<sup>18</sup> Der 4. Senat will nun das Eingreifen eines Beweisverbots bei Verletzung einer qualifizierten Belehrungspflicht maßgeblich davon abhängig machen, ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können.<sup>19</sup> Das erscheint insofern positiv als damit der bei einem Verstoß gegen die qualifizierte Belehrungspflicht maßgebliche Aspekt, nämlich der Schutz der Aussagefreiheit, Berücksichtigung findet. Ein solcher Ansatz steht nicht nur im Einklang mit mahnenden Stimmen in der Literatur<sup>20</sup>, sondern auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, die der 3. Senat bereits in seinem Urt. v. 26. 7. 2007 in seine Erwägungen einfließen ließ<sup>21</sup>, nach der der nemo-tenetur-Grundsatz nicht nur für Fälle gelte, »in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste«, sondern »prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden [dient], ob sie in Polizeibefragungen auszusagen oder schweigen will«.<sup>22</sup> Es ist aber zweifelhaft, ob sich das Kriterium eines »vermeintlichen Aussagezwanges« als valide und praktikabel erweisen wird: Denn nimmt man den im vorliegend besprochenen Urteil entwickelten Ansatz in seiner Formulierung

ernst, dann setzt er voraus, dass nachträglich die subjektive Sicht des Beschuldigten aus objektiver Perspektive festgestellt wird. Die Vorstellung resp. die Fehlvorstellung des Beschuldigten von seiner Wahlfreiheit bezüglich der weiteren Aussage bestimmt dann das Eingreifen des Beweisverbots. Dies festzustellen erfordert einige Mühe und wirft Anschlussfragen auf, etwa in Bezug auf die Anwendbarkeit der Frei- oder Strengbeweisregeln oder eine allfällige Beweis- resp. Erschütterungslast. In der Praxis dürfte letztlich wohl ausschlaggebend sein, ob sich der Beschuldigte aus Sicht des Gerichts »vernünftigerweise« zur Aussage gezwungen sah.

#### IV. Geltung von Beweisverboten zugunsten Mitangeklagter

Neben den Ausführungen zur qualifizierten Belehrung verdient vor allem das obiter dictum des 4. Senats Aufmerksamkeit. Es weist auf eine ungelöste Frage der Konsequenzen einer fehlenden qualifizierten Belehrung für die Verwertbarkeit der Erstaussage bei mehreren Beschuldigten hin: Käme ein allfälliges Beweisverbot wegen fehlender qualifizierter Belehrung eines (Mit-)Beschuldigten auch den Mitbeschuldigten zugute?

In jüngeren höchstrichterlichen Entscheidungen hat der BGH die Frage ob sich ein Verwertungsverbot auch zugunsten Mitbeschuldigter auswirkt offen gelassen oder (in entsprechender Anwendung der Grundsätze zu § 55 StPO) mit der Begründung verneint, dass die Belehrung ausschließlich dem Schutz des jeweiligen Beschuldigten diene, also den Rechtskreis von Mitbeschuldigten und Mitangeklagten nicht berühre.<sup>23</sup>

Der 4. Senat bezieht zwar im vorliegend besprochenen Urteil nicht inhaltlich Position zu dieser Frage. Der ausdrückliche Hinweis auf die Offenheit der Frage kann aber wohl als Fingerzeig dahingehend verstanden werden, dass auch aus Sicht des Senats der bloße Verweis auf die sog. Rechtskreistheorie<sup>24</sup> auf Dauer keine zufriedenstellende Antwort ist.

Nach der Rechtskreistheorie soll ein Verwertungsverbot einer Person nur dann zugute kommen, wenn dieses auf die Verletzung einer Verfahrensvorschrift folgt, deren Schutzzweck ihren Rechtsinteressen dient.

Die Rechtskreistheorie stützt sich (zum Teil) auf eine revisionsrechtliche Konstruktion, indem sie das Eingreifen eines Beweisverbotes mit einem Recht auf die Beschwerde in Verbindung bringt.<sup>25</sup> Seit Einführung des Rechtskreistopos ist unklar, (a) ob

11 BGHSt 38 214 = NStZ 1992 294 mit Anm. BOHLANDER S. 504 = JZ 1992 918 mit Anm. ROXIN = JR 1992 381 mit Anm. FEZER; vgl. a. WOHLERS NStZ 1993 46.

12 BGHSt 38, 214, 218 f.; zur früheren Rechtsprechung vgl. BGHSt 22 170 = JZ 1968 750 mit abl. Anm. GRÜNWALD; 31 395 = NStZ 1983 565 mit abl. Anm. K. MEYER = JZ 1983 716 mit abl. Anm. GRÜNWALD = JR 1984 340 mit abl. Anm. FEZER.

13 Vgl. BGHSt 42 170, 172; 47 172, 179; krit. BERNSMANN StraFo 1998 74; ROXIN, StV 2007, 450, 452; MEYER-GÖSSNER § 136 Rdn. 9 a. E.

14 LÖFFELMANN JR 2009, 10; JÄGER GA 2008, 473 (479); BEULKE JURA 2008, 653, 655; dagegen für eine Abwägungslehre in Form der »normativen Fehlerfolgenlehre«: ROGALL JZ 2008, 818, 824.

15 Vgl. Rdn. 14.

16 ROXIN a. a. O. 18 hält daher die unterlassene qualifizierte Belehrung für im Ergebnis sogar schwerwiegender als eine fehlende Erstbelehrung.

17 Vgl. BGHSt 38, 214, 220.

18 Vgl. etwa BGHSt 47 172, 179.

19 BGH 4 StR 455/08 Rdn. 15.

20 GRÜNWALD a. a. O., S. 160.

21 BGH NJW 2007 3138, 3140.

22 EGMR StV 2003 257, 259 – Allen/Grossbritannien.

23 BGH NJW 2002 1279 = St 47, 233; BGH wistra 2000 313; BGH NJW 1994 3364; SK-ROGALL Vor§ 133, 184; LESCH JA 1995 162; vgl. dazu auch die jüngste Entscheidung BGH 1 StR 691/08 vom 17. 2. 2009 (in diesem Heft, S. 385).

24 BGHSt 11 213, dazu Löwe/Rosenberg-Gössel Einl. L 20 ff.

25 Ein Beschwerdeführer kann eine Revision wegen Verletzung von Ver-

alle Vertreter dieses Ansatzes ihre Argumentation tatsächlich auf das Revisionsrecht stützen und (b) ob in der Anlehnung an die Beschwerdebefugnis eine hinreichende Begründung für eine Begrenzung der Reichweite von Beweisverboten liegen kann, ob also der Weg über die Klagebefugnis überhaupt zur Klärung von Beweisverbotsfragen herangezogen werden kann oder hier – zirkelschlüssig – Beschwer und Beschwerdebefugnis verbunden werden.<sup>26</sup> Die grundsätzlichen Bedenken wurden bereits nach der Einführung dieses Ansatzes durch eine Entscheidung des Großen Senats des BGH<sup>27</sup> in der Literatur überzeugend dargelegt.<sup>28</sup> Besondere Bedeutung kommt hier dem Verteidigungsargument zu. Wenn nur derjenige Mitangeklagte ein Verwertungsverbot geltend machen kann, zu dessen Schutz die verletzte Rechtsnorm unmittelbar dient, dann kann er nicht nur bestimmen, ob rechtswidriges Verhalten sanktioniert wird, er kann auch einem Mitangeklagten entlastendes Beweismaterial entziehen.<sup>29</sup>

Mit Blick auf die vorliegend besprochene Entscheidung bleibt zu klären, ob die Rechtskreistheorie nach ihrem eigenen Anspruch auch im vorliegenden Fall einer Verletzung der Pflicht zur qualifizierten Belehrung greift. Denn sie soll aus Sicht des BGH jedenfalls dann keine Anwendung finden, wenn Vorschriften verletzt werden, welche die »rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens« betreffen.<sup>30</sup> Eine ausreichende Belehrung über die Aussagefreiheit dient – wie bereits ausgeführt – der Aussageautonomie des Beschuldigten und damit letztlich dem Schutz eines fairen Verfahrens.<sup>31</sup> Folglich ist es auch nach den Prämissen der Rechtskreistheorie zweifelhaft, ob der Mitbeschuldigte die Folgen des Verfahrensverstößes hinnehmen muss.<sup>32</sup>

Insofern bleibt festzuhalten: Auch wenn die Belehrung spezifisch die Aussagefreiheit eines konkreten Beschuldigten schützen soll, erscheint es unannehmbar, den Schutz des fairen Verfahrens bei den einer gemeinsamen Tat Beschuldigten gewissermaßen gedanklich zu teilen. Dies eröffnet die Möglichkeit, den einen auf dem Weg über den Verfahrensverstoß gegenüber dem anderen zu belasten oder gar zu überführen. Im Extremfall könnte so von zwei nicht belehrten Beschuldigten der eine jeweils aufgrund der fehlerhaft gewonnenen Aussage des anderen verurteilt werden, und zwar wohl selbst dann, wenn zum Zwecke einer solchen Überkreuzverwertung die Belehrung jedes der beiden Beschuldigten *bewusst* unterlassen wurde.<sup>33</sup> Es ist daher – sowohl bei gänzlich fehlender wie auch bei unzureichender Belehrung – notwendig, die Wirkung des Verwertungsverbots auch auf Mitangeklagte zu erstrecken.<sup>34</sup>

## V. Fazit

Die Entscheidung des 4. Senats ist insofern zu begrüßen, als sie die Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung zunächst unbelehrt gebliebener Beschuldigter klar und deutlich bestätigt. Die Antwort aber auf die Frage, warum ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nicht zu einem strikten abwägungsresistenten Beweisverwertungsverbot führt, bleibt auch dieses Urteil schuldig. Die Abwägung im Einzelfall löst das Problem nicht, auch nicht bei Einführung eines neuen Kriteriums des »vermeintlichen Aussagezwangs«. Vielmehr wirft ein solcher Ansatz neue Anschlussfragen auf. Neben der Bestätigung der qualifizierten Belehrungspflicht liegt ein weiters – vielleicht noch wichtigeres – Verdienst der vorliegenden Entscheidung im obiter dictum: Die Frage nach Wirkung und Reichweite einer Verletzung von Belehrungspflichten für Mitbeschuldigte öffnet die Tür für eine Diskussion, hinter der ein Abrücken von der Rechtskreistheorie stehen könnte.

Man darf gespannt sein, wie die Rechtsprechung diese Denkanstöße aufnehmen wird.

Professor Dr. iur. *Sabine Gless,*  
*Jan Wennekers,*  
Universität Basel

fahrendvorschriften nur auf solche Verfahrensvorschriften stützen, deren Schutzzweck seinen Rechtsinteressen dient.

<sup>26</sup> S. JÄGER GA 2008, 479.

<sup>27</sup> BGHSt (GrS) 11, 213, 214 ff.

<sup>28</sup> Dazu etwa: GRÜNWALD JZ 1966, 489 ff.; Eb. SCHMIDT JZ 1958, 596.

<sup>29</sup> Vgl. DENCKER StV 1995, 232 ff.; Hamm NJW 1996, 2189; dagegen: Nack StraFo 1998, 373.

<sup>30</sup> Vgl. BGHSt 11 214; 42 15, 21.

<sup>31</sup> So ausdrücklich BGHSt 25 330 und 38 221.

<sup>32</sup> Verneinend etwa BRÜSSOW StraFo 1998 298; DENCKER StV 1995 233; HAMM NJW 1996 2189.

<sup>33</sup> Darauf macht zu Recht DENCKER a. a. O. 235 aufmerksam.

<sup>34</sup> Löwe/Rosenberg-GLESS § 136 Rdn. 90; JAHN Gutachten DJT C 115; m. w. N.; differenzierend: ROGALL JZ 2008, 818, 823; MEYER-GOSSNER Einl. Rdn. 57 b.